

## NAAR EEN HOGERE TOETSINGSINTENSITEIT BIJ POSITIEVE VERPLICHTINGEN ONDER HET EUROPEES VERDRAG VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS?

**Samenvatting:** Traditioneel wordt aangenomen dat de toetsingsintensiteit die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens hanteert minder hoog is wanneer een zaak geanalyseerd wordt vanuit het oogpunt van positieve dan vanuit dat van negatieve verplichtingen. In deze bijdrage wordt nagegaan of deze stelling nog steeds opgaat, of dat er een evolutie zou zijn naar een hogere toetsingsintensiteit bij positieve verplichtingen in recente rechtspraak. Aan de hand van een selectie recente Grote Kamerarresten wordt aangetoond dat er onder het recht op privacy (artikel 8 EVRM) een evolutie is om de vraag naar de gepaste *margin of appreciation* los te koppelen van de vraag of een zaak positieve of negatieve verplichtingen betreft en om de toepassing van de *margin of appreciation* doctrine te beperken tot situaties waarin het Hof zelf in de beoordeling van de feiten treedt of het gepaste beschermingsniveau bepaalt.

**Trefwoorden:** Positieve verplichtingen – Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens – Europees Hof voor de Rechten van de Mens – toetsingsintensiteit – *margin of appreciation* – proportionaliteit

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft in de bijna vijftig jaar geschiedenis van het concept van positieve verplichtingen – een eerste vermelding dateert van de Belgische taalzaak<sup>1</sup> uit 1968 en in 1979 volgde de echte doorbraak met het *Marckx*-arrest<sup>2</sup> – een omvangrijke positieve verplichtingenrechtspraak opgebouwd. Desondanks blijven positieve verplichtingen het zwakke broertje van negatieve verplichtingen. Hoewel het Hof sinds het arrest *Powell en Rayner* beweert dat de *applicable principles* om na te gaan of de Staat een positieve of negatieve verplichting heeft nageleefd *broadly similar* zijn,<sup>3</sup> verloopt de toetsing van het Hof door de band genomen minder streng wanneer een zaak geanalyseerd wordt vanuit het oogpunt van positieve dan vanuit het oogpunt van negatieve verplichtingen.<sup>4</sup>

In sectie 1 wordt aangetoond dat de toetsing door het Hof bij positieve verplichtingen traditioneel gezien minder streng verloopt, met een bijzondere focus op de toepassing van de *margin of appreciation* in zaken betreffende positieve verplichtingen. Aan de hand van vijf recente, in sectie 2 besproken Grote Kamerarresten, ga ik in sectie 3 na in welke mate de traditionele assumptie dat de toetsingsintensiteit minder hoog is bij positieve verplichtingen

---

<sup>1</sup> EHRM (Plenair Hof) 23 juli 1968, appl.nos. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64 (Belgische Taalzaak)

<sup>2</sup> EHRM (Plenair Hof) 13 juni 1979, appl.no. 6833/74 (Marckx/België).

<sup>3</sup> EHRM 21 februari 1990, appl.no. 9310/81 (Powell en Rayner/Verenigd Koninkrijk), § 41.

<sup>4</sup> Voor een uitgebreide bespreking, zie L. Lavrysen, *Human Rights in a Positive State: Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights* (diss. Universiteit Gent), ongepubliceerd, 2016.

bevestigd wordt in de recente rechtspraak, althans wat het recht op privacy (artikel 8 EVRM) betreft. Deze vraag is in het bijzonder belangrijk omdat de hoogte van de toetsingsintensiteit onvermijdelijk invloed uitoefent op het aan het individu geboden beschermingsniveau – bij een hogere toetsingsintensiteit zal het Hof, *ceteris paribus*, immers sneller besluiten dat mensenrechtenbescherming vereist is.

## 1. De traditioneel minder strenge toetsing bij positieve verplichtingen

De minder strenge toetsing bij positieve verplichtingen is in het bijzonder duidelijk met betrekking tot artikelen 8-11 EVRM, waarin het Hof, in plaats van de gestructureerde driestappentest uit § 2 van deze artikelen (legaliteit, legitimiteit en noodzakelijkheid in een democratische samenleving) die gehanteerd wordt bij negatieve verplichtingen, een minder welomschreven *fair balance* test toepast.<sup>5</sup> Niet alleen worden bij de *fair balance* test de drie stappen vervangen door één alles-bij-elkaar-genomen test, maar de proportionaliteitstoetsing onder de *fair balance* test lijkt ook minder streng te verlopen dan bij de ‘noodzakelijkheid in een democratische samenleving’ test. Bij negatieve verplichtingen vereist het Hof in principe dat een inmenging beantwoordt aan een *pressing social need* en de bewijslast bij de autoriteiten legt om ‘relevante en voldoende’ redenen hiervoor aan te voeren.<sup>6</sup> Bij positieve verplichtingen daarentegen legt het Hof dergelijke bewijslast niet expliciet bij de autoriteiten en benadrukt het Hof bovendien dat deze verplichtingen niet geïnterpreteerd mogen worden op dergelijke wijze dat een *impossible or disproportionate burden* op de overheid geplaatst zou worden<sup>7</sup>, waarmee het Hof suggereert dat het in dit gebied relatief gezien meer belang hecht aan statelijke belangen dan in het gebied van negatieve verplichtingen.

Dat de toetsing minder streng is wanneer een zaak positieve verplichtingen betreft wordt tevens duidelijk wanneer men de verhouding tussen positieve verplichtingen en de *margin of appreciation* doctrine beschouwt. Traditioneel wordt in de literatuur aangenomen dat de *margin of appreciation* over het algemeen breder is en de toetsingsintensiteit van het Hof dus minder hoog wanneer een zaak geanalyseerd wordt vanuit het oogpunt van positieve verplichting.<sup>8</sup> Dit wordt bevestigd door enkele zaken waarin het Hof uitdrukkelijk

---

<sup>5</sup> Zie bvb. ook D. Xenos, *The Positive Obligations of the State under the European Convention on Human Rights* Abingdon, Routledge, 2012, p. 61.

<sup>6</sup> Bvb. EHRM (Grote Kamer) 12 september 2012, appl. no. 10593/08 (Nada/Zwitserland), § 181.

<sup>7</sup> Bvb. EHRM 2 december 2008, appl.no. 2872/02 (K.U./Finland), § 48.

<sup>8</sup> Bvb. Y. Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Oxford, Intersentia, 218; en J. Gerards and H. Senden, ‘The Structure of Fundamental Rights and the European Court of Human Rights’, *International Journal of Constitutional Law* 2009, 651. Deze lezing van de rechtspraak wordt ook door bepaalde rechters van het Hof gedeeld, zie bvb. EHRM 13 juni 2011, appl. No. 16354/06 (Mouvement Raëlien Suisse/Switzerland), dissenting opinion of Judges Rozakis and Vajić; en EHRM (Grote Kamer) 16 juli 2014, appl. no. 37359/09 (Hämäläinen/Finland), joint dissenting opinion of Judges Sajó, Keller and Lemmens. Zie evenwel *a contrario* C. Dröge, *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlin, Springer-Verlag, 2003, p. 359, die beweert dat er geen ‘kwalitatief’ verschil is tussen positieve en negatieve verplichtingen bij het bepalen van de breedte van de *margin of appreciation*, maar dat de toepassing van dezelfde criteria vaker tot

erkent dat de *margin of appreciation* breder is wanneer een zaak betrekking heeft op positieve verplichtingen. Bijvoorbeeld in de zaak *Women on Waves*, onder artikel 10 EVRM (vrijheid van meningsuiting), onderscheidde het Hof die zaak van de eerdere *Appleby* zaak<sup>9</sup> omdat die laatste zaak een positieve verplichting betrof, terwijl *Women on Waves* betrekking had op negatieve verplichtingen en bijgevolg de *margin of appreciation* beperkter was.<sup>10</sup> Ook in *Kolyadenko* en *Communist Party of Russia*, respectievelijk in de context van artikel 2 EVRM (recht op leven) en artikel 3 Protocol 1 (recht op vrije verkiezingen), stelde het Hof uitdrukkelijk dat de *margin of appreciation* in principe breder is wanneer een zaak draait rond positieve verplichtingen.<sup>11</sup> In geen van deze drie zaken levert het Hof echter een verantwoording waarom de *margin of appreciation* breder zou zijn bij positieve dan bij negatieve verplichtingen.

In bepaalde zaken linkt het Hof bovendien de toekenning van een brede *margin of appreciation* niet uitdrukkelijk aan het feit dat een zaak betrekking heeft op positieve verplichtingen, maar benadrukt het Hof wel dat de *choice of means* om aan positieve verplichtingen te voldoen in principe binnen de *margin of appreciation* van de Staat valt.<sup>12</sup> Dit tweede gebruik van de *margin of appreciation* is betwistbaar. Het loutere feit dat er vaak meer dan één wijze is om een positieve verplichting te voldoen vloeit voort uit het feit dat het EVRM niet als een harmoniserend instrument bedoeld is, maar minimumnormen bevat, zodat een staat inderdaad zal kunnen kiezen tussen verschillende maatregelen, zolang elk van hen tenminste voldoende bescherming aan de verzoeker biedt. Dit gebruik van het concept van de *margin of appreciation* zegt met andere woorden weinig over de gepaste toetsingsintensiteit, wat nochtans de traditionele functie van de *margin of appreciation* doctrine is.<sup>13</sup> Het is immers evident dat de grootte van de *keuzevrijheid* beïnvloed wordt door de door het Hof toegepaste toetsingsintensiteit, maar het zou een cirkelredenering zijn om de keuze van toetsingsintensiteit – een brede, niet gespecificeerde of beperkte *margin of appreciation* – te laten beïnvloeden door dergelijke *keuzevrijheid*. In het beste geval is dit gebruik van de *margin of appreciation* dus weinig verhelderend en zelfs ronduit overbodig, maar in het slechtste geval suggereert het systematisch in één adem noemen van positieve verplichtingen en de *margin of appreciation* dat het Hof wel degelijk meer terughoudendheid ten aanzien van de nationale overheden gepast acht wanneer een zaak betrekking heeft op positieve verplichtingen.

---

een brede *margin of appreciation* leidt bij positieve dan bij negatieve verplichtingen. Zie gelijkaardig, R. Lawson, 'Positieve verplichtingen onder het EVRM: opkomst en ondergang van de 'fair balance' test – deel I', *NJCM-Bulletin* 1995, 558-573.

<sup>9</sup> EHRM 6 mei 2003, appl.no. 44306/98 (*Appleby* e.a./Verenigd Koninkrijk).

<sup>10</sup> EHRM 3 februari 2009, appl.no. 31276/05 (*Women on Waves* e.a./Portugal), § 40

<sup>11</sup> EHRM 28 februari 2012, appl.nos. 17423/05; 20534/05; 20678/05; 23263/05; 24283/05; 35673/05 (*Kolyadenko* e.a./Rusland), § 183; en EHRM 19 juni 2012, appl.no. 29400/05 (*Communist Party of Russia* e.a./Rusland), § 123.

<sup>12</sup> Bvb. EHRM 26 maart 1985, appl.no. 8978/80 (*X en Y/Nederland*), § 24.

<sup>13</sup> Zie ook J. Kratochvíl, 'The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights', *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2011, p. 334.

Ten slotte, specifiek onder artikel 8 EVRM (recht op respect voor privé- en familielevens), benadrukt het Hof vaak dat de notie *respect* omvat in dit artikel niet *clear-cut* is, in het bijzonder wanneer een zaak betrekking heeft op positieve verplichtingen, en dat bijgevolg de *margin of appreciation* breder is.<sup>14</sup> Het Hof laat echter na om uit te leggen waarom het vermeende niet-*clear-cut* karakter van de notie *respect* problematischer zou zijn op het gebied van positieve dan op dat van negatieve verplichtingen, en faalt dus om te verantwoorden waarom de *margin of appreciation* onder artikel 8 EVRM breder zou zijn wanneer een zaak geanalyseerd wordt vanuit het oogpunt van positieve verplichtingen.

Hoewel in verre van alle positieve verplichtingenzaken een brede *margin of appreciation* wordt gelaten, is het aantal zaken waarin dit wel het geval is voldoende om te kunnen stellen dat het Hof sneller een bredere *margin of appreciation* laat aan de nationale overheden wanneer een zaak betrekking heeft op positieve dan op negatieve verplichtingen. Opvallend hierbij is dat het Hof steeds heeft nagelaten om hiervoor een overtuigende verantwoording aan te leveren. Het probleem van de minder hoge toetsingsintensiteit bij positieve verplichtingen wordt bovendien nog versterkt door het feit dat – hoewel het Hof traditioneel oordeelt dat zelfs een brede *margin of appreciation* ‘goes hand in hand with a European supervision’<sup>15</sup> – het laten van een brede *margin of appreciation* in zaken betreffende positieve verplichtingen in de praktijk vaak neerkomt op het toekennen van een *carte blanche* aan nationale overheden om naar believen te handelen.<sup>16</sup>

In het vervolg van deze bijdrage zal ik onderzoeken in welke mate de traditionele assumptie dat de toetsingsintensiteit minder hoog is wanneer een zaak positieve verplichtingen betreft bevestigd wordt in recente rechtspraak. Hierbij zal ik de breedte van de *margin of appreciation* in deze zaken nagaan, evenals bestuderen hoe intensief de proportionaliteitstoetsing van het Hof nu werkelijk is gegeven een bepaalde *margin of appreciation*, aangezien niet uitgesloten kan worden dat achter de labels brede of beperkte *margin of appreciation* verschillen in toetsingsintensiteit schuilgaan. Ik heb ervoor gekozen om enkel te focussen op Grote Kamer arresten betreffende het recht op privacy (artikel 8 EVRM), temporeel beperkt tot het huidige decennium. De keuze voor dit recht is gerechtvaardigd door het feit dat dit het recht bij uitstek is waarover heel wat conceptuele verwarring bestaat. Door te focussen op één recht wordt bovendien het probleem van het vergelijken van appels met peren uitgesloten – relevante verschillen tussen verschillende verdragsartikelen kunnen immers redelijkerwijze aanleiding kunnen geven tot verschillen in de redeneerwijze van het Hof. De keuze om enkel naar arresten van de Grote Kamer te kijken is op zijn beurt gerechtvaardigd door het feit dat dit de arresten zijn die het meest invloedrijk zijn en waarin het Hof de moeite doet om algemene beginselen te ontwikkelen. Arresten van een gewone Kamer zijn over het algemeen meer routineus en minder

---

<sup>14</sup> EHRM (Grote Kamer) 11 juli 2002, appl.no. 28957/95 (Christine Goodwin/Verenigd Koninkrijk), § 72.

<sup>15</sup> EHRM (Plenaire Hof), appl.no. 5493/72 (Handyside/Verenigd Koninkrijk), § 49.

<sup>16</sup> Zie bvb. het erg vluchtige onderzoek van het Hof in EHRM (Grote Kamer) 13 februari 2003, appl.no. 42326/98 (Odièvre/Frankrijk) of bij het onderzoek van het substantief aspect van de klacht onder artikel 8 EVRM in EHRM (Grote Kamer) 8 juli 2003, appl.no. 36022/97 (Hatton/Verenigd Koninkrijk). Voor een recent voorbeeld, zie EHRM 13 november 2012, appl.nos. 47039/11 en 358/12 (Hristozov e.a./Bulgarije).

principeel van karakter, en vereisen daarom een omvangrijk, representatief corpus en een longitudinale vergelijking om tot relevante inzichten te komen betreffende ontwikkelingen in de rechtspraak van het Hof.

## 2. Vijf arresten

Het corpus dat als basis dient voor de huidige bijdrage bestaat uit slechts vijf arresten, wat toelaat de redeneerwijze van het Hof in elk van hen grondig te bespreken: *A, B en C/Ierland* (2010),<sup>17</sup> *Von Hannover/Duitsland (No. 2)* (2012),<sup>18</sup> *Aksu/Turkije* (2012),<sup>19</sup> *Söderman/Zweden* (2013)<sup>20</sup> en *Hämäläinen/Finland* (2014).<sup>21</sup> Het volstaat om kort even uit te leggen waar deze zaken om draaien, zonder al te diep op de feiten in te gaan, aangezien ik meer geïnteresseerd ben in de juridische methodologie die het Hof in deze zaken gebruikte dan in de vraag of de uitkomst van deze zaken al dan niet terecht was.

De zaak *A, B en C* gaat over drie Ierse vrouwen die klagen over het feit dat ze in Ierland geen toegang tot abortus genoten. De eerste twee vrouwen (A en B) maakten geen aanspraak op het erg restrictief omschreven recht op abortus in Ierland, en klagen over het beperkt karakter hiervan – een klacht die door het Hof onderzocht werd vanuit het oogpunt van negatieve verplichtingen. Relevanter voor de huidige discussie is de klacht van de derde verzoeker (C). Zij klaagt over het feit dat zij meende aanspraak te maken op een wettige abortus wegens gevaar voor het leven van de moeder – zij vreest immers dat haar zwangerschap kon leiden tot een terugkeer van een in remissie zijnde kanker – maar dat de Ierse wet geen procedure voorzag om dergelijk gevaar na te gaan en bijgevolg vast te stellen of een vrouw in aanmerking kwam voor een wettige abortus. Het Hof onderzoekt de vraag of Ierland een positieve verplichting heeft om dergelijke procedure te voorzien. *Von Hannover (No. 2)*, betreft prinses Caroline van Monaco die klaagt over de publicatie van foto's in de roddelpers die zonder haar toestemming genomen waren tijdens een skivakantie in Zwitserland, en het feit dat de Duitse rechtbanken slechts een publicatieverbod hadden uitgesproken ten aanzien van twee van de drie aangevochten foto's. De zaak *Aksu* betreft de publicatie van een boek en een woordenboek dat negatieve stereotypen over Roma bevat en dat vergeefs door de verzoeker werd aangevochten voor de Turkse rechtbanken. *Söderman* draait om een minderjarig meisje dat heimelijk naakt gefilmd werd door haar stiefvader, die een camera verborgen had in de badkamer. Hoewel de Zweedse rechtbanken de feiten bewezen achtten, werd de stiefvader niet strafrechtelijk veroordeeld omdat de feiten niet onder de definitie van de misdrijven aanranding of poging tot kinderporno vielen. *Hämäläinen*, ten slotte, draait rond een man-naar-vrouw transseksueel wier geslachtsverandering niet wettelijk erkend werd omdat zo'n erkenning niet mogelijk was zolang zij getrouwd was met haar echtgenote. Aangezien Finland geen huwelijk tussen

<sup>17</sup> EHRM (Grote Kamer) 16 december 2010, appl.no. 25579/05 (*A, B en C/Ierland*)

<sup>18</sup> EHRM (Grote Kamer) 7 februari 2012, appl.no. 40660/08 (*Von Hannover/Duitsland (No. 2)*)

<sup>19</sup> EHRM (Grote Kamer) 15 maart 2012, appl.nos. 4149/04 en 41029/04 (*Aksu/Turkije*).

<sup>20</sup> EHRM (Grote Kamer) 12 november 2013, appl.no. 5786/08 (*Söderman/Zweden*).

<sup>21</sup> EHRM (Grote Kamer), 16 juli 2014, appl.no. 37359/09 (*Hämäläinen/Finland*).

personen van hetzelfde geslacht toeliet, moest zij hiervoor eerst ofwel, met toestemming van haar echtgenote, het huwelijk laten omzetten in een geregistreerd partnerschap, ofwel moest zij scheiden. De zaak *Hämäläinen* draait om de vraag of artikel 8 vereist dat zulke geslachtsverandering erkend wordt zonder dat dit een invloed heeft op een reeds bestaand huwelijk.

### 3. *Margin of appreciation* en toetsingsintensiteit

Wat onmiddellijk duidelijk wordt bij het lezen van deze vijf arresten is dat het Hof in geen van deze zaken een brede *margin of appreciation* toekent louter en alleen omdat de zaak positieve verplichtingen betreft. In twee van de vijf zaken is de *margin of appreciation* breed, maar in geen van beide zaken is dat omdat de zaak positieve verplichtingen betreft. In plaats daarvan wordt de ruime *margin* toegekend op basis van dezelfde criteria die het Hof traditioneel ook gebruikt om de breedte van de *margin of appreciation* te bepalen bij negatieve verplichtingen. In *Hämäläinen* is de *margin of appreciation* breed omdat er geen Europese consensus bestaat over het toelaten van huwelijken tussen personen van hetzelfde geslacht noch over de vraag hoe geslachtsverandering wettelijk geregeld moet worden in geval van een reeds bestaand huwelijk, en omdat de zaak betrekking heeft op *gevoelige morele of ethische kwesties*.<sup>22</sup> In *A, B en C* is de *margin* eveneens breed omwille van de sterke morele opvattingen van het Ierse volk betreffende de bescherming van het leven van ongeborenen.<sup>23</sup>

In geen van beide arresten kan het toekennen van een brede *margin of appreciation* echter beschouwd worden als een *carte blanche* voor de nationale overheden.<sup>24</sup> In *Hämäläinen* stond de brede *margin of appreciation* er bijvoorbeeld niet aan in de weg dat het Hof overging tot een uitgebreide discussie van de proportionaliteit van de bestreden maatregel. Zo hecht het Hof veel belang aan het feit dat de omzetting van een huwelijk in een geregistreerd partnerschap geen wezenlijke verandering zou uitmaken van de juridische status van de verzoeker, aangezien het geregistreerd partnerschap in de praktijk een evenwaardige juridische bescherming biedt binnen een relatie<sup>25</sup> en omdat dit geen enkel effect zou hebben op de familiesituatie van de betrokkenen, in het bijzonder op het juridisch ouderschap en de ouderlijke rechten van de verzoeker ten aanzien van haar dochter.<sup>26</sup> Hoewel het Hof erkent dat het gebrek aan juridische erkenning van de geslachtsverandering van de verzoeker aanleiding kan geven tot ernstige ongemakken in het dagelijkse leven van de verzoeker, volstaat het volgens het Hof dat de verzoeker de reële mogelijkheid heeft om die toestand te veranderen door – met toestemming van haar echtgenote – het huwelijk om te vormen in een gelijkwaardig geregistreerd partnerschap ofwel – indien haar echtgenote

---

<sup>22</sup> *Hämäläinen*, § 74-75.

<sup>23</sup> *A, B en C*, § 241.

<sup>24</sup> Vergelijk met de zaken vermeld in voetnoot 16.

<sup>25</sup> *Hämäläinen*, § 83.

<sup>26</sup> *Hämäläinen*, § 86-87.

geen toestemming geeft – te kiezen voor een echtscheiding.<sup>27</sup> Het Hof besluit daarom dat het Finse wettelijk kader geen disproportionele effecten heeft op de verzoeker<sup>28</sup> en dat er geen sprake is van een schending van artikel 8. Dat deze uitgebreide analyse een intensievere proportionaliteitstoetsing vormt vergeleken met eerdere zaken betreffende positieve verplichtingen wordt benadrukt in de *concurring opinion* van rechter Ziemele. Aangezien de zaak volgens de meerderheid betrekking heeft op positieve en niet op negatieve verplichtingen, had het volgens Ziemele volstaan vast te stellen dat Finland tot de weinige Europese landen behoort waar een wettelijk kader bestaat om de gevolgen van een geslachtsverandering te regelen, en dus in feite naar Europese normen voorop zou lopen, om te besluiten dat artikel 8 niet geschonden is.

Ook in *A, B en C* vormt de brede *margin of appreciation* geen *carte blanche* voor de Ierse Staat. Het Hof benadrukt immers dat niettegenstaande de brede *margin* inzake de keuze van de voorwaarden waaronder een wettige abortus kan plaatsvinden – het restrictief karakter hiervan werd door de eerste twee verzoekers vergeefs aangevochten – er moet nagegaan worden, wanneer een bepaalde keuze gemaakt werd, of het wettelijk kader ‘coherent’ is en toelaat de verschillende betrokken belangen adequaat af te wegen.<sup>29</sup> Met andere woorden, de normaliter door een brede *margin* vereiste terughoudendheid vanwege het Hof geldt niet ten aanzien van de implementatie van het wettelijk kader. Volgens het Hof gaf het gebrek aan een effectieve en toegankelijke procedure om na te gaan of de derde verzoeker aanspraak maakte op een wettige abortus aanleiding tot een frappante discrepantie tussen het theoretisch recht op een wettig abortus in Ierland en de realiteit van de praktische implementatie hiervan.<sup>30</sup> Gezien het risico om strafrechtelijk aansprakelijk gehouden te worden voor een onwettige abortus, was het immers uitermate belangrijk dat er een procedureel kader bestond dat toeliet een meningsverschil hierover tussen een vrouw en haar dokter te beslechten en een juridisch bindende beslissing te nemen over de vraag of een vrouw in aanmerking kwam voor een wettige abortus.<sup>31</sup>

In *Söderman* spreekt het Hof zich niet uitdrukkelijk uit over de breedte van de *margin*, maar herhaalt het aan het begin van zijn analyse wel de hierboven bekritiseerde redenering dat de keuze van de maatregelen om aan de vereisten van artikel 8 EVRM te voldoen in principe binnen de *margin of appreciation* van de Staat valt.<sup>32</sup> Desalniettemin speelt de *margin of appreciation* geen rol van betekenis in het vervolg van de redenering van het Hof. De *margin* wordt maar eenmaal vermeld in het vervolg van het arrest, helemaal op het einde wanneer het Hof tot de conclusie komt dat, *niettegenstaande* de *margin of appreciation*, geen van de potentieel effectieve beschermingsmaatregelen – strafrechtelijke of burgerrechtelijke – voorhanden was in het Zweedse rechtssysteem.<sup>33</sup> Bijgevolg was het

---

<sup>27</sup> Hämäläinen, § 87.

<sup>28</sup> Hämäläinen, § 88.

<sup>29</sup> *A, B en C*, § 249.

<sup>30</sup> *A, B en C*, § 264.

<sup>31</sup> *A, B en C*, § 253-254.

<sup>32</sup> *Söderman*, § 79.

<sup>33</sup> *Söderman*, § 117.

door artikel 8 EVRM vereiste *adequaat* wettelijk kader dat een *aanvaardbaar niveau van bescherming* biedt tegen aantastingen van de persoonlijke integriteit van personen, in het bijzonder van minderjarigen die heimelijk naakt gefilmd worden,<sup>34</sup> niet voorhanden. Het Hof had even goed tot exact dezelfde conclusie kunnen gekomen zijn zonder vermelding van de *margin* en deze lijkt dan ook geen betekenisvolle impact te hebben op de analyse. Meer algemeen gesproken rijst de vraag of de *margin of appreciation* wel relevant is wat de vraag betreft of een Staat over een adequaat wettelijk kader beschikt om bescherming te bieden in horizontale relaties. Dit is belangwekkend aangezien het Hof steeds vaker een dergelijk kader vereist wanneer dit onontbeerlijk is voor de effectieve bescherming van EVRM-rechten.<sup>35</sup>

In *Von Hannover (No. 2)* en *Aksu* speelt de *margin of appreciation* een belangrijkere rol, al lijkt het feit dat deze zaken onderzocht werden vanuit het oogpunt van positieve verplichtingen geen invloed te hebben op de toepassing van de *margin of appreciation* doctrine. Opvallend aan deze zaken is dat het Hof in deze zaken de breedte van de *margin* verbindt aan wat Eva Brems *substance-flavoured procedural review* noemt.<sup>36</sup> Met *substance-flavoured procedural review* doelt Brems op de praktijk van het Hof om niet in de eerste plaats zelf te bepalen of een klacht gegrond is, maar in plaats daarvan te focussen op de vraag of de nationale autoriteiten de gegrondheid van deze klacht zelf afdoende hebben onderzocht, en waaraan het Hof, afhankelijk van de kwaliteit van dergelijk onderzoek op nationaal niveau, positieve of negatieve gevolgtrekkingen verbindt voor zijn eigen onderzoek. Aangezien *substance-flavoured procedural review* voornamelijk wordt toegepast bij het onderzoek van de proportionaliteit van een bestreden maatregel of omissie, kan dit beschouwd worden als de Straatsburgse keerzijde van wat door Van Drooghenbroeck bestempeld wordt als de verplichting van nationale overheden om zelf het proportionaliteitsbeginsel toe te passen.<sup>37</sup> De arresten *Von Hannover (No. 2)* en *Aksu* tonen aan dat het Hof *substance-flavoured procedural review* als een gepaste toetsingsmethode beschouwt om te oordelen in een zaak betreffende conflicterende rechten, in het bijzonder wat het conflict tussen het recht op privacy (artikel 8 EVRM) en de vrijheid van meningsuiting (artikel 10 EVRM) betreft.<sup>38</sup>

In *Von Hannover (No. 2)* legt het Hof de link tussen *substance-flavoured procedural review* en de *margin of appreciation* doctrine door te stellen dat, wanneer de nationale autoriteiten de rechten afgewogen hebben in overeenstemming met de relevante criteria uit de rechtspraak van het Hof, er *strong reasons* vereist zijn alvorens het Hof in hun plaats zou

---

<sup>34</sup> Söderman, § 91

<sup>35</sup> Zie bvb. ook EHRM (Grote Kamer), appl.no. 35810/09 (O’Keeffe/Ierland) onder artikel 3 EVRM, waarin het Hof strenge vereisten oplegt aan het juridische en procedurele kader betreffende de bescherming tegen seksueel misbruik van minderjarigen op school.

<sup>36</sup> E. Brems, ‘The “Logics” of Procedural-type Review by the European Court of Human Rights’, paper gepresenteerd op het Expert Seminar on Procedural Review and the European Court of Human Rights, Gent, 21-22 mei 2015).

<sup>37</sup> S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l’homme*, Brussel, Bruylant, 2001, p. 321.

<sup>38</sup> Aksu, § 66-67 en Von Hannover (No. 2), § 106-107.



traden bij het bepalen van een gepaste uitkomst.<sup>39</sup> In *Aksu* legt het Hof deze link explicieter door te stellen dat, wanneer de belangenafweging op het nationale niveau niet bevredigend was, in het bijzonder doordat het belang van een van de betrokken rechten onvoldoende in overweging was genomen, de *margin of appreciation* ten aanzien van de beslissingen van de nationale autoriteiten beperkt zal zijn. Wanneer de belangenafweging daarentegen in overeenstemming was met de criteria van het Hof, zal de *margin* breed zijn.<sup>40</sup> Bovendien beschouwt het Hof de toegekende *margin of appreciation* als afhankelijk zijnde van de voorwaarde dat ‘an effective legal system was in place and operating for the protection of the rights falling within the notion of “private life”, and was available to the applicant.’<sup>41</sup>

Met andere woorden, procedurele bescherming en *substance-flavoured procedural review* opereren als factoren bij het bepalen van de gepaste breedte van de *margin of appreciation*. In beide zaken oordeelde het Hof dat aan deze voorwaarden voldaan was, wat resulteerde in het toekennen van een brede *margin of appreciation* en bijgevolg in een terughoudendheid van het Hof om de conclusies van de nationale autoriteiten in twijfel te trekken, als een gevolg waarvan het Hof gemakkelijk tot de conclusie kwam dat artikel 8 EVRM in geen van beide zaken geschonden was. Een dergelijke link tussen procedurele bescherming, *substance-flavoured procedural review* en de *margin of appreciation* kan beschouwd worden als een vorm van ‘voorwaardelijke’ subsidiariteit. Het Hof heeft het idee van de *margin of appreciation* traditioneel altijd gelinkt aan het idee dat de nationale autoriteiten op bepaalde vlakken *beter geplaatst* zijn dan het Hof om na te gaan wat de bescherming van de mensenrechten vereist.<sup>42</sup> Het lijkt daarom inderdaad verdedigbaar voor het Hof om met deze factoren rekening te houden bij het bepalen van de gepaste breedte van de *margin* aangezien de nationale autoriteiten alleen maar *beter geplaatst* zullen zijn in de concrete omstandigheden van een zaak wanneer de verzoeker daadwerkelijk over een procedure beschikt die toelaat dat de nationale autoriteiten zelf nagaan wat de *fair balance* test vereist. Dit betekent meteen ook dat de *margin of appreciation* idealiter geen betekenisvolle rol speelt bij het nagaan of procedurele bescherming aanwezig was en of de nationale autoriteiten zelf een afdoende proportionaliteitsafweging hebben gemaakt – dit om een cirkelredenering te vermijden – en louter een rol zal spelen waar het Hof zelf overgaat tot een materiële beoordeling van de feiten.

#### 4. Conclusie

De vijf besproken arresten tonen aan dat de stelling dat het Hof per definitie een minder hoge toetsingsintensiteit gebruikt wanneer een zaak geanalyseerd wordt vanuit het oogpunt van positieve verplichtingen onder druk staat, althans wat artikel 8 EVRM betreft. De besproken arresten kunnen een aanzet vormen om het toekennen van de *margin of appreciation* definitief los te koppelen van de kwestie of een zaak positieve of negatieve

---

<sup>39</sup> Von Hannover (No. 2), § 107.

<sup>40</sup> *Aksu*, § 67.

<sup>41</sup> *Aksu*, § 68.

<sup>42</sup> Zie bvb. EHRM (Grote Kamer) 18 januari 2001, appl.no. 27238/95 (Chapman/Verenigd Koninkrijk), § 91.

verplichtingen betreft, en om de breedte van de *margin* louter te beoordelen aan de hand van de traditionele criteria<sup>43</sup> – al valt het wel te betreuren dat het Hof nog geen afstand genomen van het betwistbare *choice of means* argument. Bovendien hebben we gezien dat het Hof in deze zaken het toepassingsgebied van de *margin of appreciation* in deze arresten heeft beperkt: deze *margin* slaat in de eerste plaats op de terughoudendheid van het Hof wanneer het zelf in de beoordeling van de feiten treedt of het gepaste beschermingsniveau bepaalt, maar lijkt niet relevant te zijn bij het nagaan of de Staat over een adequaat wettelijk kader beschikt in horizontale relaties en of het bestaande wettelijk kader effectief werd geïmplementeerd, noch voor de vraag of afdoende procedurele bescherming geboden werd en of de nationale autoriteiten zelf afdoende hebben onderzocht of de *fair balance* werd gerespecteerd. Bovendien lijkt, ook wat de wezenlijke materiële kwestie betreft, een brede *margin of appreciation* niet langer een *carte blanche* te geven aan de Staat wat positieve verplichtingen betreft, zoals blijkt uit het arrest-*Hämäläinen*. De hogere toetsingsintensiteit die het Hof in deze arresten aan de dag legt toont een evolutie aan in de richting van het ‘normaliseren’ van de toetsing bij positieve verplichtingen – althans onder artikel 8 EVRM – al blijft de vraag natuurlijk of deze trend zich verder zet in toekomstige Grote Kamerarresten en in welke mate ze zal doorsijpelen naar het niveau van de gewone Kamers.

Waar het Hof in het verleden terecht bekritiseerd werd wegens een gebrek aan consistentie en een onzorgvuldige juridische methodologie op vlak van positieve verplichtingen – met een weinig principiële en overdreven terughoudende toepassing van de *margin of appreciation* doctrine als groot probleempunt – lijken deze arresten bovendien elementen aan te dragen die kunnen bijdragen tot een hogere maturiteit van de positieve verplichtingenrechtspraak van het Hof. Indien de in deze arresten besproken elementen – adequaatheid en implementatie van wettelijk kader, procedurele bescherming en *substance-flavoured procedural review* – systematisch onderzocht zouden worden door het Hof, zou dit ongetwijfeld kunnen leiden tot een beter gestructureerde en meer consistente rechtspraak. Dit zou op zijn beurt kunnen bijdragen tot zowel een hoger beschermingsniveau als tot een verhoogde legitimiteit van de rechtspraak van het Hof.

---

<sup>43</sup> Gerards identificeert het consensus argument, het *better placed* argument en de aard van het aangetaste recht of belang als de drie belangrijkste criteria bij het bepalen van de breedte van de *margin of appreciation*, zie J. Gerards, ‘Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine’, *European Law Journal* 2011, p. 107-113.

## **Auteursgegevens**

Naam: Lavrysen

Voornaam: Laurens

Titel: Naar een hogere toetsingsintensiteit bij positieve verplichtingen onder het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens?

Functie: doctoraatsstudent

Standplaats: Universiteit Gent

E-mailadres: [laurens.lavrysen@ugent.be](mailto:laurens.lavrysen@ugent.be)

## **Vraagstelling/onderwerp bijdrage**

Is de toetsingsintensiteit bij positieve verplichtingen onder het EVRM hoger geworden in recente Grote Kamerarresten?

### **Trefwoorden:**

- Positieve verplichtingen
- Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
- Europees Hof voor de Rechten van de Mens
- Toetsingsintensiteit
- Margin of appreciation
- Proportionaliteit